

Sygn. akt: KIO 1698/13

WYROK
z dnia 25 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Dekonta Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 252** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, 70-240 Szczecin, ul. Narutowicza 17b,**

przy udziale wykonawcy **GEOINVIREX – Aprt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-867 Warszawa, ul. Baletowa 30** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1698/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części II zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie wykonawcy GEOINVIREX – Aprt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w Dziale VII pkt 3.1, 3.5, 3.6 i 3.8 SIWZ oraz dokumentu dotyczącego udostępnienia zasobów przez WESSLING Polska Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę GEOINVIREX – Aprt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-867 Warszawa, ul. Baletowa 30 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Dekonta Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 252** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od wykonawcy **GEOINVIREX – Aprt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-867 Warszawa, ul. Baletowa 30** na rzecz wykonawcy **Dekonta Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 252** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika oraz na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Szczecinie, 70-240 Szczecin, ul. Narutowicza 17b** kwotę **4 135 zł 58 gr** (słownie: cztery tysiące sto trzydzieści pięć złotych pięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę polegającą na wykonaniu rekultywacji środowiska wodno-gruntowego z zanieczyszczeń ropopochodnych na terenie lotniska w Świdwinie oraz z byłej bazy paliw w Mirosławcu oraz wykonanie projektu prac rekultywacyjnych dla składów MPS Świnoujście – Karsibór i Dziwnów”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 kwietnia 2013 r., nr 2013/S 077-129754.

W dniu 2 lipca 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Dekonta Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze dla części II zamówienia oferty wykonawcy GEOINVIREX – APRT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej wykonawcą „GEOINVIREX”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 12 lipca 2013 r. (pismem z dnia 11 lipca 2013 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 12 lipca 2013 r.) wobec czynności i zaniechania Zamawiającego polegającej na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę GEOINVIREX
2. zaniechania wykluczenia wykonawcy GEOINVIREX z postępowania z uwagi na brak spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych w Dziale VII, pkt 1.1 SIWZ
3. zaniechanie zastosowania wobec wykonawcy GEOINVIREX procedury wezwania do złożenia oświadczeń bądź dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie:
 - 1) przedłożenia dokumentu udowadniającego zamawiającemu, iż wykonawca GEOINVIREX będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia dotyczącymi WESSLING Polska sp. z o.o., w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia
 - 2) przedłożenia dokumentów wskazujących na brak podstaw do wykluczenia dotyczącego WESSLING Polska sp. z o.o. jako podmiotu udostępniającego potencjał w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i biorącego udział w realizacji zamówienia:
 - a) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia

- b) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert
- c) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert
- d) listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, dotyczących WESSLING Polska sp. z o.o. - Dział VII pkt 3.8 SIWZ

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GEOINVIREX z postępowania z uwagi na brak spełniania przez ten podmiot warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale VII pkt 1.1 SIWZ, tj. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności pozwalającej na wykonanie zamówienia
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz w zw. z § 3 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, poprzez:
 - 1) zaniechanie żądania przedłożenia dokumentu udowadniającego zamawiającemu, iż wykonawca GEOINVIREX będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie WESSLING Polska Sp. z o.o. do oddania wykonawcy GEOINVIREX do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia
 - 2) zaniechanie żądania przedłożenia dokumentów wskazujących na brak podstaw do wykluczenia z postępowania WESSLING Polska sp. z o.o.
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę GEOINVIREX
2. wykluczenie wykonawcy GEOINVIREX z postępowania i odrzucenie jego oferty

3. ewentualnie zastosowania wobec wykonawcy GEOINVIREX procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

Odnosnie zarzutu pierwszego (Dział VII, pkt 1.1 SIWZ) odwołujący podniósł, iż do wykonania przedmiotu zamówienia konieczne jest posiadanie stosownych decyzji administracyjnych, tj. na odzysk lub unieszkodliwienie odpadów, które powstaną w trakcie realizacji niniejszego zamówienia. Posiadanie tych decyzji jest niezbędne by móc przystąpić do realizacji prac, a tym samym posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności i czynności pozwalającej na wykonanie zamówienia. Wykonawca GEOINVIREX nie przedłożył żadnych dokumentów, z których wynikał by fakt posiadania takich uprawnień i czynności. Tym samym nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 1.1 (Dział VII) SIWZ.

Odnosnie zarzutu drugiego odwołujący podniósł, iż z treści oferty złożonej przez wykonawcę GEOINVIREX, wynika, iż w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu polegał on na potencjale technicznym, wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, jednak nie złożył części dokumentów, o których mowa w Dziale VII, pkt 3 SIWZ, w tym nie wykazał, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zamawiający zobowiązany był więc do wezwania tego wykonawcy do uzupełniania dokumentów w tym zakresie, a w razie braku ich uzupełnienia wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Wykonawca GEOINVIREX nie złożył także dokumentów wskazującym na brak podstaw do wykluczenia z postępowania, a odnoszących się do WESSLING Polska sp. z o.o., tj. wyspecyfikowanych w Dziale VII pkt 3.1, 3.5, 3.6 i 3.8 SIWZ.

Pismem z dnia 12 lipca 2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę GEOINVIREX do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca GEOINVIREX otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 15 lipca 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca GEOINVIREX przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 16 lipca 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uznaje w całości zarzuty odwołującego.

W dniu 17 lipca 2013 r. wykonawca GEOINVIREX został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W dniu 19 lipca 2013 r. wykonawca GEOINVIREX wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy GEOINVIREX z uwagi na brak spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w Dziale VII, pkt 1.1. SIWZ nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w Dziale VII, pkt 1.1 SIWZ podał, iż „spełnieniem warunku dla części 1 i 2 – będzie posiadanie uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie wytwarzania, zbierania, transportu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych o kodzie 19 13 07* na podstawie decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi wynikającej z ustawy o odpadach z dnia 27.04.2001 r. (Dz. U. 2001 Nr 62, poz. 628 z późn. zm.).”.

Zamawiający, pismem z dnia 29 maja 2013 r. „Zawiadomienie o zmianie treści SIWZ i przedłużeniu terminu składania i otwarcia ofert”, dokonał zmiany treści SIWZ, w tym Działu VII, pkt 1.1 poprzez nadanie temu punktowi brzmienia „Posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności pozwalające na wykonanie zamówienia”.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca GEOINVIREX nie złożył stosownych decyzji administracyjnych koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. decyzji na odzysk lub unieszkodliwienie odpadów.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie punktu 1.1 (Dział VII), wykreślając wymóg posiadania przez wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie wytwarzania, zbierania, transportu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych o kodzie 19 13 07* na podstawie decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi wynikającej z ustawy o odpadach z dnia 27.04.2001 r. (Dz. U. 2001 Nr 62, poz. 628 z późn. zm.), a co niewątpliwie oznacza, iż odstąpił od tego wymogu. Treść dokonanej modyfikacji jest bowiem jednoznaczna. Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności pozwalających na wykonanie zamówienia, nie precyzując jednocześnie ich rodzaju, jak również nie żądając złożenia na tę okoliczność żadnego dokumentu. Nie jest więc możliwe na obecnym etapie postępowania doprecyzowanie tego warunku i rozszerzanie katalogu dokumentów składanych na potwierdzenie jego spełnienia. Tak więc zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania zastosowania wobec wykonawcy GEOINVIREX wezwania do złożenia oświadczeń bądź dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w Dziale VII pkt 3.10 SIWZ podał, iż wykonawca, który powołuje się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji zamówienia ma złożyć także dokumenty dotyczące tych podmiotów w zakresie wymaganym dla wykonawcy i określonym w pkt 3.1 – 3.8, w tym m.in.:

3.1. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia (według wzoru załącznika nr 1 do SIWZ)
3.5. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert

3.6. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert

3.8. listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej (według wzoru załącznika 8 do SIWZ).

Wykonawca GEOINVIREX wraz z ofertą nie złożył dokumentów wyspecyfikowanych w punkcie 3.1, 3.5, 3.6 i 3.8 SIWZ. Nie złożył także pisemnego zobowiązania WESSLING Polska Sp. z o.o. do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje.

Bezspornym jest, iż wykonawca GEOINVIREX nie złożył wraz z ofertą dokumentów wyspecyfikowanych w treści SIWZ, pkt 3.1, 3.5, 3.6 i 3.8, jak również, iż nie złożył zobowiązania WESSLING Polska Sp. z o.o. do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza się uzupełnienie oświadczeń i dokumentów w zakresie określonym w art. 25 ust. 1 Pzp, a zatem w zakresie dotyczącym wykazania m.in. spełniania warunków udziału w postępowaniu. Do takich dokumentów należy niewątpliwie zobowiązanie podmiotu trzeciego, jak i dokumenty dotyczące tego właśnie podmiotu. Wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu może polegać bowiem na zasobach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Tak więc brak tych dokumentów w ofercie wykonawcy GEOINVIREX zobowiązywał i zobowiązuje zamawiającego do zastosowania procedury wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niemniej jednak czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy do ich uzupełnienia. Zamawiający nie jest zwolniony bowiem z zastosowania procedury wzywania do uzupełnienia dokumentów za wyjątkiem sytuacji, gdy „mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Tym samym zarzut ten potwierdził się, a zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę GEOINVIREX, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w Dziale VII pkt 3.1, 3.5, 3.6 i 3.8 SIWZ oraz dokumentu dotyczącego udostępnienia zasobów przez WESSLING Polska Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie Przystępującego, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i ograniczając je do wysokości 3.600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 535,58 zł, stosownie do faktury oraz wydruku z systemu elektronicznego zakupu biletu złożonych do akt sprawy

Przewodniczący: